



Roj: **SAP MA 3554/2013 - ECLI: ES:APMA:2013:3554**

Id Cendoj: **29067370052013100632**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **5**

Fecha: **17/12/2013**

Nº de Recurso: **1104/2011**

Nº de Resolución: **638/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **HIPOLITO HERNANDEZ BAREA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN QUINTA.  
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO CATORCE DE MÁLAGA.  
JUICIO ORDINARIO SOBRE RETRACTO DE COLINDANTES.  
ROLLO DE APELACIÓN CIVIL NÚMERO **1104/2011**.

#### **SENTENCIA NÚM. 638**

Illtmos. Sres.

Presidente

D. Hipólito Hernández Barea

Magistrados

D. Melchor Hernández Calvo

D<sup>a</sup> Inmaculada Melero Claudio

En Málaga, a 17 de diciembre de dos mil trece.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los autos de juicio ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia número Catorce de Málaga, sobre acción de retracto rústico de colindantes, seguidos a instancia de Don Martin contra la entidad "Ibermajonic S.L."; pendientes ante esta Audiencia en virtud de recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia dictada en el citado juicio.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO.**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia número Catorce de Málaga dictó sentencia de fecha 4 de enero de 2011 en el juicio ordinario del que este Rollo dimana, cuya parte dispositiva dice así:

"Que desestimando en su integridad la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales señora Trevilla Vives, en nombre y representación de don Martin , sobre RETRACTO DE COLINDANTES, frente a IBERMAJONIC S.L., debo absolver y ABSUELVO a la demandada de la citada pretensión, con expresa condena en costas a la parte actora."

**SEGUNDO.-** Contra la expresada sentencia interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación la representación del demandante, el cual fue admitido a trámite dándose traslado del escrito en el que constan los motivos y razonamientos del mismo a la otra parte para que en su vista alegase lo que le conviniese. Cumplido el trámite de audiencia se elevaron los autos a esta Audiencia, y tras su registro se turnaron a ponencia quedando pendientes de deliberación y fallo.



**TERCERO.-** En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Hipólito Hernández Barea. Habiendo tenido lugar la deliberación previa a esta resolución el día 16 de septiembre de 2013.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Aceptando los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

**PRIMERO.-** Considerando que por la representación procesal de la parte apelante se solicitó la revocación de la sentencia recurrida y el dictado de otra en esta alzada de conformidad con el suplico del escrito de demanda, todo ello con expresa imposición de las costas procesales en ambas instancias a la parte demandada. Alegó en primer lugar la infracción del artículo 435.2 de la LEC por denegación de la testifical del secretario-administrador sin motivo alguno. En la audiencia previa se propuso prueba pericial que fue admitida, y el mismo día del juicio esta representación tuvo conocimiento de que el perito no podía asistir a la vista de juicio al estar en una conferencia. Se solicitó que, siendo esta prueba pericial esencial para determinar el objeto del retracto y la realidad física y de cultivo de las fincas objeto de retracto, para el supuesto de que no se acordara la suspensión se acordara como diligencia final, conforme al artículo 435.2 de la LEC, y el Juez denegó tal medio probatorio consignando esta representación su respetuosa protesta, causando tal decisión una total indefensión al ser un medio de prueba esencial y necesario para dotar de prueba plena el informe pericial aportado con la demanda al ser impugnado el valor probatorio por la parte demandada. En segundo lugar alegó ausencia de valoración del interrogatorio del representante legal de la parte demandada, pues del mismo se acredita claramente que la intención de compra de la misma es meramente especulativa y en ningún caso va a llevar a cabo la explotación agrícola de la finca rústica que es objeto de este retracto, y prueba de ello es el objeto social de la empresa demandada que es la compraventa de bienes inmuebles; y también se ha acreditado en los presentes autos la intención especulativa de la demandada pues, durante la sustanciación del procedimiento, ha procedido a colocar un cartel de venta en la finca objeto de retracto. En cambio el actor viene explotando la explotación agrícola del cultivo de naranjos como se ha acreditado en el procedimiento con las testificales practicadas y la documental obrante con la demanda. Por tanto, entiende esta parte que el Juez de instancia ha omitido esta circunstancia que es esencial a los efectos de legitimar la acción de retracto. En tercer lugar alegó la errónea valoración del interrogatorio del actor Don Martín. La sentencia determina que el motivo para no estimar la demanda es que el demandante no se dedicase a la agricultura, valoración ésta que es totalmente errónea ya que a lo largo de todo el procedimiento se ha acreditado que ha venido, en compañía de su padre, manteniendo y cultivando los naranjos hasta su venta. El trabajo que venía desempeñando en el hotel "Don Miguel" de Marbella - que está cerrado desde hace varios años -, por su relación laboral en la hostelería, le permitía explotar simultáneamente el cultivo de naranjos de la finca de su padre. Existe igualmente una total omisión respecto de las declaraciones del demandante de que él mismo ha sido en compañía de su padre el que se ha encargado de explotar, cultivar, recoger y vender las naranjas, sin que el Juez de instancia haya tenido en cuenta tal circunstancia a los efectos de tener por cumplida la condición de agricultor del demandante. También ausencia de valoración de la testifical de los hermanos Martín, pues en las dos testificales quedó acreditado que la finca objeto de retracto tiene una plantación de naranjos y que los mismos han sido cultivados, mantenidos, recolectados y vendidos por el demandante. Luego con estas afirmaciones queda notoriamente claro que la finca objeto de retracto presenta un cultivo de naranjos mantenido y explotado por el demandante y que en ningún caso la parte demandada tiene como finalidad la de explotar tal cultivo. Del mismo modo alegó la errónea valoración de la pericial del Sr. Baldomero y de la pericial del Sr. Eusebio. El Juez valora erróneamente tales pruebas cuando del propio documento nº 4 de la contestación a la demanda - la escritura de compraventa - resulta que se están comprando cuatro fincas rústicas registrales e independientes, siendo objeto de retracto únicamente la finca nº NUM000 y no el total. Se produce igualmente infracción del artículo 1523 del CC. El mencionado precepto al igual que la jurisprudencia consolidada viene a justificar la figura del retracto en evitar la excesiva división de la propiedad prevaleciendo el interés de la agricultura. Pues bien, siendo ésta la idea fundamental en la sentencia que se impugna, se da una clara infracción del precepto porque queda acreditado que la finca del demandante linda con la finca NUM000, cuya extensión es de 60 áreas y 40 centiáreas y que así mismo permite la unión de dos pequeños predios rústicos a fin de suprimir el minifundio y mejorar la producción; luego, al quedar acreditada tal circunstancia, es contradictoria la fundamentación de la sentencia al entender que no puede haber lugar al retracto porque se trata de una finca superior a la hectárea, cuando se acredita por la escritura de compraventa que se trata de cuatro fincas registrales independientes y que la que es objeto del retracto es la NUM000, que incrementaría la producción al unirse pequeños predios rústicos.

**SEGUNDO.-** Considerando que por la representación de la parte apelada se pidió la confirmación de la sentencia recurrida por sus propios fundamentos de derecho con expresa condena en costas para la parte



apelante, añadiendo que la sentencia recurrida ha analizado con detalle la prueba practicada y ha realizado un encomiable estudio jurídico sobre la cuestión, alcanzado una conclusión desestimatoria que en modo alguno puede quedar desvirtuada por los alegatos que se realizan en el escrito de interposición del recurso de apelación. Respecto a la petición de práctica de prueba en segunda instancia - que es lo que en puridad se pide al amparo de la nulidad - debe ser desestimada porque no está en ninguno de los supuestos del artículo 460.2 de la LEC . Si tan relevante era la prueba pericial para la parte actora debió cuidar la diligencia debida para traer a juicio a los peritos. En cuanto a los diversos motivos referentes a la valoración de la prueba, que el Juzgado realiza bajo los principios de inmediación y audiencia, la demandante dice haber probado que el actor se dedica a la actividad agrícola, y nada más lejos de la realidad, siendo las propias pruebas de la parte contraria las que refutan su tesis. Ni su declaración ni los testimonios aclaran su alegación, y, además, es claro que unas facturas de hace casi 20 años no acreditan que en el momento en que se pudiera ejercitar el retracto el demandante fuera agricultor, amen de que no es él quien figura como la persona que vende las naranjas, sino su padre. Por otra parte, la parcela no cumple la mínima extensión requerida por la Ley para ser una explotación agrícola, pues es una es una finca de secano, donde no hay explotación agrícola alguna; y si la parcela retrayente no es una explotación agrícola, el retracto no responde a la finalidad de acabar con el minifundio, sino que sólo responde a un interés privado, no de mejorar su explotación agrícola, sino de crear una nueva aprovechando el agua que tiene la parcela de esta parte, tal como literalmente se expresa en la prueba pericial de la parte contraria. Y todo ello, además de que, según entiende esta parte, quedó también acreditado que el demandante conocía perfectamente la operación y dejó pasar el plazo de caducidad para ejercitar el retracto.

**TERCERO.-** Considerando que, como bien indica el Juez "a quo", el demandante, Sr. Martin , como propietario de la finca rústica inscrita con el nº NUM001 en el Registro de la Propiedad de Álora, parcela nº NUM002 , del término municipal de Aozaina, ejercita en la demanda una acción de retracto de colindantes, y lo hace respecto de la finca que dice colindar con la suya, es decir, la finca registral nº NUM000 del citado Registro de la Propiedad, en tanto ha sido vendida a la entidad demandada. Como argumentos que sustentan su acción alega que la citada finca tiene una superficie inferior a una hectárea; que ambas están separadas únicamente por una malla; que entre ellas no se identifica arroyo, acequia, barranco o servidumbre en provecho de otras fincas; que conoció de manera súbita que fue vendida a tercero - la demandada - sin su conocimiento; y que su finca se viene explotando por él mismo, dedicándola al cereal forrajero, así como que la que es objeto de retracto se dedica a los naranjos de la variedad "Valencia Late". Concluye que, de agruparse ambas fincas, se formará una finca rústica más grande, mejorando las posibilidades de explotación agrícola y, en su caso, ganadera. Continúa señalando el Juez "a quo" que la demandada opone categóricamente en su contestación la caducidad del plazo para el ejercicio de la acción, y sostiene que el demandante era perfecto conocedor de la venta, pues iba a participar vendiendo también su finca, aunque luego se arrepintió, motivando la modificación de la escritura otorgada; añadió asimismo el incumplimiento de los requisitos necesarios para que prosperase la acción de retracto: que la finca adquirida tiene una superficie superior a una hectárea y que constituye una unidad de cultivo, así como que no ha demostrado el actor que se dedicase a actividad agrícola alguna. El Juez "a quo", tras el análisis de la prueba practicada, concluye que el demandante es propietario de la finca rústica de secano inscrita al nº NUM001 del Registro de la Propiedad de Álora, que constituye la parcela NUM002 del Polígono NUM003 del término municipal de Aozaina; que entre septiembre y octubre de 2006 se desarrollaron negociaciones entre el actor y el representante legal de la demandada, a través del Sr. Serafin como mediador, para la venta de la finca del primero a la demandada, por lo que el Sr. Martin percibió 2.000 euros como señal como figura en el contrato privado, aunque finalmente rechazó la posibilidad de vender y devolvió el dinero que le fue entregado. También hubo negociaciones para la venta de las fincas colindantes, propiedad de los progenitores del actor, a la entidad demandada, una de las cuales es la objeto de retracto. Don. Serafin en su calidad de testigo - dice el Juez - "puso de manifiesto que el actor era perfecto conocedor de que se iba a proceder por sus padres a la venta de sus fincas, pues se trataba de alcanzar la venta de las tres fincas registrales, la suya y las de sus progenitores, y que una vez fijados los términos el actor decidió no vender". Que acudió a ponerle de manifiesto que su finca, por sus propias características, no era atractiva por sí sola, y le aconsejó que aceptase la oferta de compra ya que la venta de sus padres se llevaría a cabo unos días después. También el Juez considera acreditado que el actor era conocedor de que la venta iba a efectuarse según lo expuesto, aunque por su relación no bien avenida con sus padres y con alguno de sus hermanos, y porque no estuvo presente el día en que se celebró la venta litigiosa, el juzgador entiende que, efectivamente, el actor desconocía la fecha concreta en que se celebró la compraventa y los términos en que tuvo lugar. Relató el demandante en su demanda que en el mes de mayo de 2007 llegó a saber de la venta de la finca de sus progenitores, es decir, la registral NUM000 , aunque el informe aportado a los efectos del retracto por el actor está emitido el 21 de abril de 2007 y su autor giró visita a la finca el 17 de abril anterior para su elaboración. Pero el Juez no entra a resolver sobre la posible caducidad de la acción de retracto al entender que la elevación a público del contrato es definitiva el mes de diciembre de 2007, pues se corrigió



entonces el anterior documento otorgado el 14 de febrero de 2007, siendo además que el precio declarado ante Notario no se corresponde con el ciertamente abonado por la entidad compradora. Lo cierto es que el examen por el juzgador de los demás requisitos de la acción lo llevan a desestimar la demanda pues entiende que no concurre en el demandante la cualidad de profesional de la agricultura; que la finca del actor es de secano y que está destinada al pasto y estaba sin labrar; y que la finca registral NUM000 - que es objeto del retracto - constituye, junto a la registral NUM004 que fue vendida junto a ella, una misma y única unidad de cultivo, "integrando ambas la parcela NUM005 del polígono NUM003 del término municipal" de Alozaina.

**CUARTO.-** Considerando que a los anteriores hechos probados responde el Juez desestimando la demanda y la Sala, en la nueva revisión de la prueba practicada en esta alzada y habiendo desestimado, siguiendo la argumentación de la demandada, la práctica de prueba pericial en esta segunda instancia porque no puede incardinarse en ninguno de los supuestos del artículo 460.2 de la LEC, pues "el hecho de que no se practicase en la primera instancia es, sin duda, responsabilidad de la parte demandante y proponente", por "la ausencia de la diligencia debida para traer al perito al juicio - que ya había sido suspendido dos veces con anterioridad - pues no ha desvirtuado la proponente y ahora recurrente la afirmación del propio perito sobre que había sido avisado de la fecha del juicio el día de antes", debe confirmar el fallo absolutorio alcanzado en la primera instancia ya que la desestimación de la demanda, en definitiva, se basa en la falta de cumplimiento de la finalidad del retracto. Efectivamente, la jurisprudencia exige, al menos desde la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 20 de julio de 2004, la concurrencia y acreditación de dicha finalidad. En este sentido es doctrina jurisprudencial la que determina que la finalidad del retracto de colindantes - rústico - es facilitar con el transcurso del tiempo algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial rústica - minifundio -, allí donde tal exceso ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de riqueza; finalidad la expresada que debe presidir la interpretación del artículo 1523 del Código Civil y que, como todos los retractos legales, es una limitación de la propiedad a modo de carga de derecho público, pues, aunque pueda redundar en provecho de particulares, está motivado por el interés general, por lo que habrá de orientarse a cada caso concreto, a fin de que se obtenga el resultado querido por el legislador; así también la sentencia del mismo Alto Tribunal de 22 de enero de 1991. Por lo que su finalidad nunca puede ser la de satisfacer aspiraciones de mejoramiento económico, más o menos legítimas, de los particulares. El actor, ahora apelante, afirma la naturaleza rústica del terreno objeto de litigio, lo que nadie pone en cuestión; pero también afirma que es profesional de la agricultura en tanto, teniendo como profesión la hostelería, se dedica con su padre a la recolección y venta de naranjas (siendo al menos curioso que su finca esté sin labrar y destinada a pasto, como expresa la pericial, y la comprada por la demandada esté plantada de naranjos). Y por otro lado afirma que trata de agrupar con la suya una concreta de las vendidas y no las otras, para "continuar" explotándolas en faena agrícola.

**QUINTO.-** Considerando que lo cierto es que tales alegaciones, amén de no probadas, son contrarias a la expresada doctrina jurisprudencial. Y es que la carencia de la profesión de agricultor, aunque ocasionalmente se desarrolle esa actividad, ya bastaría por sí sola para hacer ineficaz la pretensión, pues la finalidad del retracto de colindantes, como se ha dicho, no es otra que la de favorecer la agrupación de pequeñas parcelas para hacer más rentable el cultivo, eliminando el minifundio, lo que aquí no se logra por ser otro el destino dado a hasta ahora a una y otra fincas colindantes. Si en principio la situación laboral del demandante en sí misma no es un obstáculo insuperable para que en realidad se dedique a una actividad de explotación agraria, lo cierto es que su verdadera y principal dedicación a la agricultura tendría que haber sido acreditada por el demandante ante la contradicción de la misma con el resultado de la prueba. En consecuencia, la simple alegación y prueba de la naturaleza rústica de ambas fincas no es suficiente y no es de recibo que posteriormente se alegue que el cultivo y venta de naranjas se ampliaría a la finca del actor que, a diferencia de las tierras colindantes, no se dedica a ello. Por tanto, el resultado de la prueba practicada no sustenta la exigencia jurisprudencial a la que nos hemos referido y de ello se deduce de forma clara que en ningún caso se cumple el requisito de profesional de la agricultura en la persona del demandante, pero tampoco el de la cabida de las fincas a efectos del retracto, por lo que la finalidad del retracto tampoco resulta de lo actuado y deberá ser confirmada la resolución recurrida. Bajo este prisma el perito Sr. Baldomero describe de forma "objetiva y coherente", según el Juez, que la finca cuyo retracto se pretende está plantada de naranjos en su totalidad y dispone de un edificio dedicado a cuadra y de una alberca desde la que se riega toda la finca. Añadió el perito que no advirtió linde ni vestigio de la misma entre las fincas registrales vendidas (una de las cuales es la que quiere retraerse en exclusiva por el demandante), por lo que razonaba sobre su unidad continuada en el tiempo. Y en cambio, según el perito, sí existe delimitación clara entre éstas y la del actor, concretamente una linde en forma de talud, que es habitual entre fincas que se dedican a cultivos distintos. Finalmente determina que "la citada unidad de cultivo que representa la parcela NUM005 alcanza una extensión de algo más de una hectárea, concretamente 11.993 metros cuadrados". Por todo lo expuesto la Sala hace suya la conclusión final a que llega el juzgador de la primera instancia: no se acredita en autos que el retrayente esté cultivando la finca de la que es propietario, ni consta que sea agricultor; que se dedica y trabaja en el sector de la hostelería, teniendo su domicilio en Marbella; que la finca que pretende forma una unidad de cultivo con otra y responde a la parcela



NUM005 cuya extensión es mayor a una hectárea; y que, por tanto, no puede afirmarse que con su acción de retracto pretenda "la unión de dos pequeños predios rústicos a fin de suprimir el minifundio y mejorar la producción", en el marco de la interpretación jurisprudencial del artículo 1.523 del CC . La confirmación de la sentencia y la correlativa desestimación de la demanda en su integridad, lleva a confirmar también lo que la sentencia dispone sobre las costas de la primera instancia en cuanto se imponen al actor, conforme a lo dispuesto en el artículo 394.1 que consagra en la materia el principio objetivo del vencimiento.

**SEXTO.-** Considerando que, al no prosperar el recurso y ser de aplicación a esta alzada en materia de costas el artículo 398 de la Ley Procesal , debe condenarse a la parte apelante al abono de las causadas con la apelación.

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación.

#### **FALLAMOS.**

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Martin contra la sentencia dictada en fecha cuatro de enero de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia número Catorce de los de Málaga en sus autos civiles 1021/2007, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución dando por reproducidos cuantos pronunciamientos contiene en su parte dispositiva y condenando expresamente a la parte apelante al abono de las costas causadas en esta alzada. Notifíquese esta resolución en legal forma haciendo saber a las partes que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.

Devuélvanse los autos originales, con testimonio de ella, al Juzgado de su procedencia a sus efectos.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior resolución por el lltmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrándose audiencia pública. Doy fe.